32 331

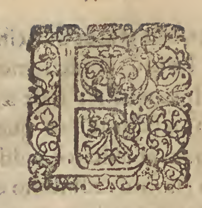


POR EL CONVẼTO Y MONIAS DE NVESTRA Señora de la Luz, de la Ciudad de Xerez de los Caualleros. En el pleyto,

CON

D. Francisco Marauer, vezino de la dicha Ciudad.

En Granada. Impresso en la emprenta de Vicente Aluarez de Mariz, En la calle del Pan. Año de 1634.

1 N ESTE PLEYTO ay dada informaciõ por esta parte, en que està lo que auemos alcançado, cerca del apoyo de nuestra justicia, y porque la ha procurado escurecer el Abogado contrario, se satisfarà a lo que funda en su alegacion, pues es tanta la fuerça de la verdad, que no obstante las sutilezas del Abogado contrario, descubrirà, quan manifiesta es nuestra justicia, Cicero in oratione pro Marco Cœlio, illic: *O magna vis, veritatis quæ contra hominum ingenia, caliditatem solertiam contraque fictas omnium insidias facile per se ipsa defenditur:* & in oratione in Batineam, ibi: *Tantam semper potentiam veritas habuit, vt nullis maquinis, aut cuiusquam hominis ingenio, aut arte subuerti potuerit, & licet in causis nullum patronum, aut defensorem obtineat tamen per se ipsa defenditur,* M[redacted]lib.1.de præ[redacted]ript.q.31.num.4. Domin. D. Iuan Baptista Valençuela Velazquez nostri Senatus Præses, cons. 11.n.53.

2 ¶ Todo lo que el Abogado contrario procura fundar, es apoyando sutilezas, queriendo sean questiones del caso, y para su comprouacion, leuantando a la sentencia de reuista lo que sus palabras no dixeron, pues dize, que dixo; *Que don Vasco bueluà y restituya la dehesa con frutos, boluiendo y restituyendo el Conuẽto lo que recibio por ella,* no diziendo sino asi: *Pagandole el dicho Conuento, y Monjas, a el dicho Vasco Marauer, veynte y tres mil reales, que dio por ella, con los interesses de ellos, a razõ de a 14. y de a 20.* cõ lo qual se deshazẽ los fundamẽtos q̃ la parte cõtraria cõsidera de la l. redhibere 21. ff. de ædilitio ædicto, y de la l. cum autem, §. iubent. eodem titul. y de la l. sed si mihi, §. si reddita, ff. commodati, y de la l. debet 27. ff. de ædilitio ædicto, y la l. si cum militaribus 6. C. de

restitutione militum, con otros textos que cita, para lo que no negamos. Immò, confessamos, que redhibere, vt definit Vlpianus, l. 21. ff. de ædilitio ædicto, est facere vt rursus habeat quis quod habuerat, quodque reddendo fit, idcirco redditio dicta est. quasi redditio, immò redhibitio est venditionis resolutio, l. Pomponius, §. Prætor, de adquir. possess. l. 11. §. redhibitionem cum §. sequenti, ff de actionib. empti. l. 6. in fine, ff. de diuers. & temporalibus, Quintilianus, lib. 8. c. 3.

3 ¶ Y que esta sea la naturaleza propria de la accion redhibitoria, qua experimur contra vẽditorem, vt cogatur restituere pretium, & retro quod tradiderat accipere, d. l. cum autem, §. redhibitio, & §. iubent, & quæ laté tradit Scardio, in Lexicon iuris, litera R. ante E. verbo, *Redhiberé*, no lo negamos, y lo concedemos, y demas, que por naturaleza desta accion, no se puede intentar passados seis meses, Rolandus, cons. 21. num. 2. & 44. lib. 2. Montẽ Alegre, sua praxi, cap. 2. §. 10. num. 7. con que bastaua para satisfacion de los fundamentos contrarios.

4 ¶ Suplicamos a v. md. y a estos señores se siruan de considerar, que obtiene el Abogado contrario, con que le confessamos que de la propria naturaleza de la restitucion, es, y de la redhibicion, que cada vno anulado, y resuelto el contrato buelua a el otro lo que recibio, pues tenemos prouado, que aunque el Conuento recibio plata, no se hizo en esta paga, pacto, promessa, ni estimacion, ni a este tiempo la auia, intrinseca, ni extrinseca, de valor de moneda de plata a la de vellon, como es notorio, y està prouado por los autos, y dar agora veinte y tres mil reales de moneda vsual, es verdadera reddicion de veinte y 3. mil reales recebidos de moneda de plata vsual a el tiempo del contrato, sin que sea necessario para que le conuenga la naturaleza redhibitoria

boluer-

boluerlos en la mesma especie, textus, in l. cum certum, ff. de auro, & argento legato, ibi: *Non materia, sed pretium præsentis temporis præstari debent.* Seneca, lib. 6. de beneficijs, cap. 5. ibi: *Reddere est rem pro redare quid ni cum omnis solutio non idem reddat, sed tantundem, nam & pecuniam dicimus reddidisse quanuis numerauimus pro argenteis aureis*, con los demas lugares que citamos, prima allegatione, num. 5. y en nuestros proprios terminos de caso semejante, lo resuelue Æneas Roberto, diziendo, que assi lo juzgò el Senado, lib. 4. rerum iudicatar. cap. 18. donde auiendo, *pro titio creditore*, propuesto que no cumplia el deudor con boluer dineros de diferente, y mas infima materia, que los recebidos, auiendo mudança intrinseca, illic: *Ideoque cum præsentes nummi deterioris materiæ sint pretia autem rerum omnium aucta esse constet, si nummi totidem non plures restituantur non videtur idem reddi pretium cum non sit eiusdem bonitatis, & valoris.* Resuelue despues lo contrario en fauor del deudor, por la Clement. 2. & ibi glossa, de decimis, ibi: *Probatam autem monetam ex propria dictionis significatione interpretantur quæ inter mercatores currens vsu promiscuo, & certo recipiebatur, atque ita in pecuniæ debitæ solutione non alia nummorum ratio habenda quã quæ publica stimatione consistit, & quæ ex Regia authoritate procedit.*

5 ¶ Præcipuè, siendo indubitable, que en nuestro caso en la obligacion, y contrato (ya resuelto y anulado) no se pactò, que se auia de hazer la paga en plata, y que fue facultad de Vasco Marauer, el pagar en plata, o pagar en quartos, y entonces era lo mismo para el Conuéto, y lo fue, en el qual caso llegado el de la resolucion del Cõuento, cumple el deudor de la moneda con pagar en la vsual a el tiempo de la paga, Curtius iunior, cons. 24. num. 6. Domin. Couarru. veterum numismatum, cap. 7. conclusione 9, ibi: *Et ea ra-*

tione satis erit quocumque tempore reddi centum libras, vel centum mille marapetinos, etiam si floreni, vel castellani tẽpore solutionis pluris stimentur, quam eo tempore quo traditi sunt, fuerint stimati. Et ibi: *Decima conclusio, quoties certæ speciei numismata non sunt in obligatione, sed in facultate soluendi, & sic in solutione debitor liberatur, illa numismata reddens etiam in pretio, & stimatione diminuta.*

6 ¶ Como en nuestro caso, que no huuo pacto, ni obligacion de pagar, en esta, o en la otra especie de moneda, sino en cierto numero, que fueron los 23U. reales, y asi con boluerlos en el mismo numero, es propria y verdadera naturaleza de boluer, Dom. Couarru. dict. conclus. 10. in fin. ibi: *Quæ etiam obtinerẽt vbi nummi certæ speciei essent in obligatione.* Scaccia, de commercijs, §. 2. gloss. 5. num. 133. Gratian. cap. 884. num. 16. & 17. & seqq. Thesaur. dict. part. 1. num. 79. ibi; *Quod quotiescumque non est conuentum inter partes, vt certa species monetæ soluatur, possit vna moneta pro alia solui, vt argentea pro aurea, grosa pro minuta, minuta pro grosa.* Y esto es lo que contiene la Prematica del año de 1625. ibi: *Que en las obligaciones y contratos ya hechos de pagar en oro, o en plata, los deudores cumplan lo que no huuieren recibido en las dichas monedas, o en pasta, con pagarlo en moneda de vellon, a razon de a diez por ciento.*

7 ¶ De donde se prueua con euidencia dos cosas. Vna, que aunque se reciba oro, plata, o pasta, no se deue boluer en oro, plata, o pasta, ni pagar en vellon a diez por ciento el trueque, sino es que aya, o interuenga pacto especial de pagar en plata. Y la segunda, que auiendo este pacto de pagar en esta especie de moneda de oro, o plata, como no se aya recibido en ella, o en pasta, se cumple cõ pagar a diez por ciento: y demas que son claras

las

las palabras de la Prematica ; ita resoluit Guzman, de euictionibus, quæst. 22. num. 12. ibi: *Sed post eius promulgationem quæ fuit anno 1625. ea est obseruanda, scilicet, quando pecunia aurea ; vel argentea fuit promissa solutio huiusmodi pecuniæ ; sic receptæ debet fieri in simili pecunia aurea, vel argentea ; & non liberabitur solues in alia moneta, etiam si soluat eius stimationem, vt cauetur in dict. Præmatica, cap. 1. quod secus erit, si vere pecunia aurea, vel argentea non sit recepta, & solutio monetæ aureæ, vel argentæ sit promissa : quia tunc per dictam Præmaticam permittitur, immo potius præcipitur solutionẽ fieri in moneta ænea cum stimatione decem pro centum.* Et vtinam haberem disputationes Granatensis Senatus Doctissi. D. D. Ioan Baptista de la Rea, Meritissimi Regis Fiscalis in Supremo patrimonij Regalis Consilio, quas anticipatas vidi examinadas mihi commissum: nàm ingenio, & subtilitatibus aduocati aduersæ partis, optimè & concludenter responsiones preueré.

8 ¶ Despues de todas las dotrinas generales de que el Abogado contrario se vale para fundamentos tan poco apretados, como los de la naturaleza de la redhibitoria ; y siendo tan peligrosas las dichas dotrinas generales ad decisionem causarũ, vt dicit Cardin. in Clementina sæpè, de verbor. num. 6. Gonçalez, reg. 8. §. 4. procemiali, num. 41. & 42. entra en el num. 16. de su papel haziendo diferencia de el caso deste pleyto al de deudor de cantidad, presuponiendo, que el de nuestro pleyto es caso de deudor de especie, haziendo presupuesto lo que es la duda, o por mejor dezir la que no la es, si no claro y sin dificultad, que no se puede considerar en nuestro caso el Conuento deudor de especie de moneda, pues quando vendio, no pactò que se auia de pagar en moneda de plata, ni Vasco Marauer lo prometio

en

en el contrato, aunque pagó en ella: y assi cō la resolucion de Couarr. y de los demas citados, y en la ponderacion de la Prematica del año de 1625. y de Guzman, dict. quæst. 22. num. 12. se deshaze ser el Conuento deudor de especie resuelto ya este contrato; y se comprueua serlo de cantidad; con lo qual el mismo Abogado contrario confiessa, que proceden justamente las questiones que tocamos en nuestro primero papel en el num. 9. y en el 16. del suyo, y en el 17. mayormente, que en nuestro caso, aunque el contrato se resuelua, y venga a ser cierto que por el no passò el dominio, no nos obsta para que dexasse de passar en el dinero que consumio el Conuento, porque aũque el contrato no valga, quien recibe el dinero le haze suyo con la consumpcion y buena fee, text. in l. si alieni nummi, 76. ff. de solutionibus, ibi: *Si mixti essent, ita vt discerni non possent eius fieri qui accepit*; probat text. in l. si is cui nummos, 94. eo titul. & quæ tradit Gratian. tomo 5. capit. 897. numer. 1. & cap. 955. text. in l. non omnis, 19. §. si pupillus, ff. si certum petatur. *Vbi quamuis pupillus mutuando non transfert dominium, quando mutuum fecit sine tutoris authoritate, tamen consumptione pecuniæ reconciliatur mutuum.* Nata, consl. 547. num. 34. Afflictis, decis. 190. & facit text. in l. rogasti, ff. si certum petatur, de cuius intellectu, cum l. qui negotia, ff. mandat. bene Morla, p. 1. tit. 8. q. 6. num. 10.

9 ¶ Y por que para que se buelua el mismo dinero, es necessario que *probetur identitas, vel quod non dentur nummi tardius*, l. solidum, 85. de solutionibus. Anton. Faber, 5. coniect. cap. 18. y prouança de que el Conuento *aya tenido en ser este dinero* para boluerlo en la misma especie, no la ay, y fuera impossible auerla, an-

tes

tes la tiene de auerla consumido luego, y el mismo hecho lo manifiesta, pues vendio, porque tenia necessidad; y es consequencia, que como no aya priuilegio del caso de la l. pecunia, C. de priuileg. fisci, la consumpcion del dinero con buena fee (como esta no se puede negar al Conuento) es bastante al acreedor posterior, contra el anterior, vt ex Barbosa, & alij resoluit Domin. Castillo, lib. 4. cap. 61. per totum, & numer. 71. & 72. & 83. Gaspar Squirre Hordegueus, lib. 1. ad Anton. Fabrum, tractat. 8. quæst. 8. ante finem, Riccius, collectan. 1291. Marius Antonius Genuensis, quæst. 602. Narbona, 3. part. l. 25. glossa 16. num. 47. pag. 678. Gitonda, de priuilegi. num. 1510. & 1511.

10 ¶ Y en nuestros proprios terminos, para acabar de respõder a lo q̃ funda en esto el Abogado contrario: Dezimos, que quando este caso se aya de juzgar, como si fuera de vn retrato, es juridico cumplir esta parte (no auiendo promessa particular) con pagar en la moneda vsual, sin que aunque aya auido mudança intrinseca, esté obligado el deudor a el augmento, y poniendo esta question Gaspar Antonio Thesauro, de augmento monetæ, part. 2. num. 60. y refiriendo a Tiraquelo, y otros, dize, que vnos Doctores en distincte: *Voluerunt inspici valorem currentem tempore solutionis, & augmentũ monetæ cedere lucro redimentis modo ille soluat monetam grossam, & expendibilem*, alli vero dicunt, *Valorem inspici tempore contractus, & pecuniam in eodem pretio, & bonitate restitui siue extrinsecus in valore, siue intrinsecus in bonitate illa mutata fuerit, ratione ponderantes quia non sit iustum, vt emptor minorem pretij quantitatẽ recipiat quam abinitio soluerit idque non habere dubium in certa specie promissa*, Surd. cons. 368. Y luego el mesmo Thesauro haze distincion, de que en el caso de mudança *intrinseca*, el que redime

estè obligado a pagar en la moneda vsual, sed lucrum augmenti medio tempore contingens lucro cedat illius qui rem emit, y que si la mudança fue extrinseca, *tunc lucrum cedat commodo debitoris, seu venditoris, qui soluit eam speciem pecuniæ quæ à tempore contractus currebat.*

11 ¶ Con lo qual el Conuēto cūple cō pagar los 23U. y tantos reales, y el augméto ꝗ considera Thesauro, quãdo la mudãça fue *intrinseca,* (como esta de nuestro caso,) se ha, y deue entender en el deudor que deuiesse, *Ex vi promißionis*, cierta especie de moneda, y aun en este caso con la distincion que llama *Equa*, d. num. 60. de que si el augmento de la moneda sucedio luego despues de la venta, o mucho tiempo despues de ella, que en el primer caso esté obligado a el valor del augmento, pues se aprouechò del el vendedor, en el segundo no, ibi: *Non in erudite distinguunt an? augmentum illud in pretio monetæ statim post venditæ, vel multo tempore post euenerit totam suæ disputatis rationem eo conuertentes, vt non poßit venditor qui redimit cogi ad augmēti solutione, quando illo augmento non est vsus quod pecunia accepit, quæ quidem ratio, & maximam æquitatem, & subtilem iuris rationem in se continet.*

12 ¶ Luego siendo notorio, que el Conuento no se aprouechò de augmento alguno de moneda de plata, ni entonces, ni en muchos años despues no se considerò auerle mas en la moneda de plata, que en la de vellon, iniqua cosa seria pretender que lo pagasse agora. Maximé, auiendose consumido la moneda, como està referido, con buena fee, y siendo la moneda cosa, que *Recipit functionem in genere suo*, l. 2. §. mutui datio, & ibi glossa, ff. de reb. cred. & si cert. petatur, Duarenus, 1. disput. cap. 13. *Licitum namque est alterius generis pecuniam soluere, quæ æquiualeat ei quæ accepta est*, per textum, in l. quæ extrinsecus 65.

vers.

316

verſ. *Nam ſtipulatio*, ff. de verbor. oblig. & per l. 1. de contrahenda emptione, ibi: *Non tam ex ſubſtantia, quam ex quantitate*, Morla, d. part. 1. tit. 8. q. 13. n. 2. & 3. vbi: *De la coſtumbre de pagar, en tercera, o quarta parte moneda minuta, o grueſſa, vellon, o plata.*

13 ¶ En quanto a la taſſa de los frutos, pretende el Abogado contrario, que no eſtan liquidos, y que es cõtrario el querer eſta parte cinquenta mil marauedis por ellos, y injuſto el auerlos taſſados en quarenta mil marauedis, por dezir, que en la demanda primera pidio el Conuento treynta mil marauedis por frutos, y que ſe ha de eſtar a eſte pedimiento, en que dize perſeuerò en todo el pleyto, no ſiendo aſsi, y ſe vale de la regla de la l. vbi repugnantia, ff. de reg. iuris, y dezir, que ſe ha de eſtar a ſu confeſsion, l. cum præcum, C. de liber. cauſa, l. iubemus, eo titulo, ibi: *Verum etiam voce propria eiuſdem ely apud alium iudicium potuerat*, l. generaliter, §. ſed iuramento, C. ſi cert. petatur, l. generaliter, C. de non numer. pacunia, ibi: *Nimis enim indignum eſſe iudicamus, vt quod ſua quiſque voce dilucide proteſtatus eſt, id in eundem caſum infirmare teſtimonioque proprio reſiſtere*, l. 2. C. de inſtitut. & ſubſtitut. & ibi Bart. num. 1. dicit; *Stari libello contra producentem illum*; cap. ſi cautio de fide inſtrumenrorum, ibi: *Confeßioni tuæ ſtatur*, Scaccia, de appellationibus, quæſt. 17. limitation. 34. num. 10. & limitat. 39. Scouar, de ratiocinis, cap. 8. num. 13. & 14. Riccius, & Niger, in additionib. ad Ioſeph. Maſcard. concluſ. 348. num. 1. ibi: *Immò non ſolum ſi taliter fiat præiudicat, ſed etiam omnis aſſertio in libello habet vim confeßionis, & conſequenter ei ſtatur contra porrigentem illum.* Ioſeph. Ramon, conſ. 99. n. 11.

14 ¶ Porque aunque todas eſtas dotrinas que no alega (aunque propone ſu razon) el Abogado

gado contrario, no van contra nuestro intento, assi porque la demanda no se restringio, a solos treynta mil marauedis de frutos, sino que dixo que valia mas: *Et adiectio cum qualitate plus, vel minus extenditur, vsque ad quartam partem quantitatis expressæ.* Bart. in l. si quis in suo, in princip. num. 2. C. de inofficios. testam. Cabed. de patronatib. Regiæ Coronæ, cap. 16. num. 1. Domin. Perez de Lara meus Pater, libr. 2. de Capellanijs, cap. 8. num. 7. Nicolaus Loseus, iure vniuersitatis, part. 3. cap. 3. num. 7. Valasco, axiomata, liter. P. num. 87. Maximè, que en nuestro pedimiento, no ay diccion, *Plus*, vel, *Minus*, sino la diccion, *Magis*, que es mas lata, y comprehensiua, Cencedo, singul. 60. Rebuffus, in comment. ad l. quib. 57. vers. *Et qui magis*, ff. de verbor. signific. pagina 295. & authenticam habita, vers. *Et maximè diuinarum*, C. ne filius pro patre Barbosa, dictione 166. Con que se comprehende muy bien mas de la tercia parte, y no se puede dezir, que se ha de atender a el pedimiento, porque aquel juyzio no se liquidò en el, y assi no quedó fenecido, ni se pudo liquidar, pues si pudiera por las prouanças, los señores Iuezes lo vuieran hecho, conforme a la ordenança de la Chancilleria, y a la ley del Reyno, que traen Gutierr. de iuramento, 1. part. cap. 1. num. 32. Scouar, de ratiocinis, cap. 33. num. 25. & 26. Salgado, part. 4. cap. 10. num. 132. & num. 136. y injusticia no la vuo en la tassa de los quarenta mil marauedis, sino en no auer sido mucho mayor, porque la prouança del Conuento està en esto grande, y aunque los testigos no dizen de mas de siete, o ocho años, es, porque Vasco Marauer, ni don Francisco no arrendaron la parte de dehesa, como el lo tiene confessado, fol. 97. y se han hallado solo ventas de que el Conuento se ha aprouechado, y ay el arrendamiento de los quatro años, en Sebastian

Mendez

Mendez de 1500.reales, y prouança de auer valido el año passado de 1633.setenta puercos de bellota, y esto confessado por el mesmo D.Francisco, dict. folio 97. y la tassa de cada puerco a 25. reales, por el testimonio que está en los autos; con que monta el fruto 1750.reales, mayormẽte, q̃ no se ha de entẽder, q̃ mõte menos el fruto, que los reditos que la otra parte aprouecha.

15 ¶ Y este nueuo juyzio de liquidacion, que lo es, y q̃ como tal es diuerso; (no de diuersa naturaleza) y el executor se cõsidera nueuo Iuez, de manera, que si, *In liquidatione probetur nullos esse fructus possit, & debeat condemnatus absolui*, Salgado, part.4.cap.10.à n.74. tiene pedimiento que comprehende quarenta, y cinquenta mil marauedis, y no se puede considerar repugnancia deste pedimiento a el primero, porque auiendo dicho treynta mil marauedis, y mas no es contrario el pedir aora cinquẽta mil, y a la exclamacion q̃ se haze, podemos dezir: *O bone Deus*, sicuti in simili exclamat Sesse, decis.111.num.16. & Fontanel.tom.2.clausul.7.glos.2.p.10.n.27. Pues no pudiera el Abogado de aquella parte dezir mas, quando este pedimiento de la liquidacion fuera contrario a el del primer pleyto, con auer dicho, que no valia la dehesa de frutos treynta mil marauedis, y mas sino menos de treynta mil, porq̃ no se dizen contrarios los contratos, ni los pedimiẽtos, ni las clausulas, quomodocũque se compatiantur, l. pacta nouissima, C. de pactis, l. mutuis, ff. pro socio, l. Valerianus, ff. de preterijs stipulationib. l. omnis, ff. de nouationibus, docet expresse Bald. in l. fin. n.1. C. de nouationibus: *Nam non adest repugnantia vbi vnum contrariorum non elidit alterum, & mutuo se expellunt*, Socinus, cons.27. n.1. vol.4. Negusantius, cõs.56.n.61. Surd, decis. 24.n.10.& cõs.211. Gratia.tom.5.c.864.n.8.& c. 876.n.27.& c.962.n.54. Ant. Monach. decis. Lu-

D censi

cenſi 25. n. 6. Maſtrill. deciſ. 41. Riccius, in deciſionibus Curiæ, part, 3, deciſ. 46. n. 7. D. D. Ioan. Caſtill lib. 4. c. 59. à n. 57. ad 60. Y pues ay pedimiento eneſte juyzio de liquidacion, no ſe aplica bien dezir que tiene nulidad la determinacion del Iuez executor, porque la ſentencia, *Non ſit cõformis libello*, cap. licet eli de ſimonia, l. vt fundus, ff. communi diuidundo, l. fin. C. de fideicommiſſ. libertat. Cæſar Bartius, deciſ. 33. Barboſa, in remiſsionib. lib. 3. tit. 66. §. 1. Riccio, collect. 343. & 2006. Pues como tenemos dicho ay pedimiẽto, ſobre que cae la ſentencia, y no puede dezirſe notoriẽ injuſta, Surd. conſ. 324. num. 4. Y no viene a ſer pedimiento cõtrario, ni accion contraria, para que reſiſtan, la authentica, at qui ſemel, C. quomodo, & quando Iudex, l. 1. C. de furtis, cap. imputari, de fide inſtrum. cap. examinata de iudicijs, l. 7. tit. 10. p. 3. Couarr. lib. 1. var. c. 2. n. 2. in fine, Villadiego, in pract. en la forma de libellar. en el exordio, n. 52. Antes ſe viene a declarar en el pedimiento de eſte juyzio de liquidacion, que el auer dicho en el primero treynta mil marauedis, y mas ſon los cinquentamil, que agora dezimos, y qne ſe puede auer hecho, per l. ſiquis intentione ambigua, ff. de iudicijs, & ibi Barboſa, nu. 16. cum ſeqq.

16 ¶ En quanto a el articulo de liquidacion, que pone por tercero el Abogado contrario en ſu papel, tenemos fundado en el 2. articulo de nueſtra alegacion, n. 7. 8. y ſiguientes, que haziendo eſta liquidacion el executor, en virtud de ſentencia paſſada en coſa juzgada, o executoria, no es apelable eſte juyzio para efeto de ſuſpender, y que aſsi conſequentemente ceſſa el atentado, y porque niega eſtadotrina, y reſolucion juridica, el Abogado contrario, (aunque la tenemos bien fundada) procuraremos ſatiſfazer a ſus fundamentos. Dize lo primero, que quando la

G carta

carta executoria no contiene cōdenacion de frutos e intereſſes liquidos, expreſſando la cantidad, que no ſe puede executar, ſin auer precedido el juyzio de la liquidacion; la qual dotrina la confeſſamos, y es juridica, & eam probat textus, in l. hoc iure, ff. de verbor. obligatio. ibi: *Non ante quidquam peti poßit*, l. hæc autem, §. 1. ff. ex quibus cauſis in poſſ. eatur, ibi: *Liquereque prætori*, Bart. in l. proinde, §. notandum, ff. ad leg. Aquiliam, Bald. in l. 2. num. 6. C. de executione rei iudicatæ, idem Bald. in l. ſiquidem, n. 5. C. de exceptionib. gloſſ. in l. 2. C. de ſententijs quæ ſine certa quantitate, & ibi Bart. n. 2. & 5. Petr. Surd. conſ. 248. n. 12. & 13. & in deciſ. 27. Y eſto meſmo prueuan los Doctores que citamos en nueſtro papel, d. n. 8.

17 ¶ Pero negamos, que en eſta cauſa de liquidacion deſpues de hecha ſe aya de proceder ordinariè, y para eſte propoſito alega el Abogado cōtrario a Bart. in l. 3. n. 15. de pignoribus, y à Bald. in l. 2. verſ. *Modo quæro*, n. 7. C. de executione rei iudicatæ, y al ſeñor Rodrigo Suarez, in l. poſt rē in declarat. l. Regni, limit. 4. n. 1. y Parlad. lib. 2. rer. quot. c. fin. 1. p. §. 12. n. 29. & 30. y Bart. y Bald. como ſe verà en ſus lugares, no dizen, que la cauſa es ordinaria, ſino que el inſtrumento no liquidò haſta auerſe hecho la liquidacion, no ſe puede executar, y Surdo en la deciſ. 7. por toda ella no trata deſta materia, ſino de ſubſtituciones, y no alega a Antonio Canario, y en el cōſ. 248. n. 12. & 13. q̄ auemos referido, dize lo q̄ tenemos cōfeſſado, y tantū abſit, q̄ Parladorio, en el lugar citado, prueue lo para q̄ ſe cita, q̄ en el dicho n. 29. & 30. tiene, q̄ ſi la liquidacion ſe hiziere, ſe podra dar ſentencia de remate, aun en caſo q̄ el mandamiē to de execuciō, ſe vuieſſe deſpachado nulamēte: *Non facta liquidatione*, ibi: *Sin vero non appellauerit, & Actor inter per agendam executionem liquidationem fecerit rectè ſententia addictionis, ſeu de remate*

profe-

proferatur, de suerte, que, *Non est absolute*, verum, dezir, que el instrumento, o sentencia, no liquipda, no se puede executar, porque esto procede, *Aute factam liquidationem*: Pero que hecha esta liquidacion, por el Iuez, o el executor la causa sea ordinaria, y no executiua, en execucion de carta executoria, no se puede fundar, y lo dificil es con que cautela se ha de proceder para executarse el instrumento no liquido, ad ea quæ tradit Dom. Couarr. lib. 2. var. c. 11. à n. 1. Dom. meus Perez de Lara, lib. 1. de Anniuersarijs, c. 10. n. 67. Ceuallos, tom. 5. q. 39. n. 15. 19. & 20 Salgad. p. 3. c. 16. n. 44. & 4. p. c. 13. n. 26. vbi etiam in sententia conditionali, Guzman, de euictionib. cap. 15. n. 20. Phebus, p. 2. decis. 157. n. 5.

18 ¶ Y aun en este caso de sentencia condicional, como referimos en nuestro papel, nu. 10. si la liquidacion requiere: *Altiorem indaginem*, se puede executar la sentencia: *Ante factam liquidationem*. Marius Giuiba, decis. 60. num. 17. ibi: *Aut prædicta incontinenti probari nequeunt, neque in processu probata existunt, sed maiorem requirũt indaginem, & tunc præstita prius idonea cautione per partem quæ sententiam obtinuit illam exequetur, citra præiuditium causæ liquidationis*, que fue la practica que el Iuez inferior vsó, quando a el principio, luego que se le requirio con la executoria, viendo que el Conuento cumplia por su parte cõ hazer el deposito del dinero, le mandò dar la possession de la parte de dehesa, sobre que es el pleito, y de auersela dado con efeto, se dio atentado por la Sala, siguiendo la mas comun opiuion, de que aya de preceder liquidaciõ para la execuciõ, Salgad. d. p. 4. c. 10. n. 57.

19 ¶ Mas hecha ya esta, como lo està, y siendo en execucion de carta executoria, que se deua executar, no obstante la apelacion, es resolucion juridica, y la fundamos prima allegatio,

n. 7.

n.7.& 9.con el lugar de Salgad.in diuidual,p.2. c.7.n.114.& p.4.c.3.n.27.& c.10.n.28.ibi: *Qui magis communiter affirmant à liquidatione fructuum, damnorum, pertinentiarum expensarum, & interesse, virtute executorialiũ aut instrumentorũ guarentigiorũ non esse admittendã regulariter appellationẽ quoad effectum suspensiuum.*

20 ¶ Sin que obste a esta dotrina la distincion, que haze el Abogado contrario, en el n.37. de su papel, cerca dela resolució de Angelo, contra la de Bartulo; *Nempè*, que la execucion aya lugar, quando hecha la liquidacion, el Iuez no declara, ni pronuncia sentencia sobre ella, secus autem, quando pronuncia sentencia, y se interpone apelacion, porque entonces dize, que este juyzio se haze ordinario y apelable, alegando para ello a Parladorio, 1.p.d.§.12.n.132. (que no le ay) y es el 32. y en este resuelue lo contrario de lo para que se cita, ibi: *Sed illud videri opportet an? ab interlocutione quam Iudex facit super huiusmodi liquidatione locum habeat appellatio quantum ad effectum, scilicet suspensiuum, & locũ illam habere putat Gallesius mihi tamen contrarium magis sedet cum explorati iuris sit ab executore appellandi ius non esse nisi modo modus excedatur*; Y aunque Escouar a quien alega el Abogado contrario, cap.33.n.25. Repruena la practica de dezir, que el Iuez pronuncie; *Por bien, o mal liquidado*, y aconseja, que esto no es necessario, sino executar lo liquido, y que fuera bueno, que los señores Presidente, y Oydores en las executorias, añadieron la clausula, que alli pone, videlicet, *Y lo que assi liquidaredes, lo executeis, y lleneis a deuida, y pura execucion con efeto*, lo que resuel ne Escouar es, quod quando, *Duæ sententiæ sic se habent, quod secunda est executio primæ si non potest appellari à prima, nec etiam poterit appellari à secunda.* Y en el nu.23. del dicho cap.33. testifica, que aunque vio muchas vezes apelar destos execu-

tores para la Chancilleria, siempre la Sala les remitio la execucion, hasta acabar de hazer pago a la parte, y refiriẽdo a Escouar, y otros muchos, lo resuelue Salgado, d. p. 4. c. 10. nu. 28. & 29. ibi: *Quod multoties vidit appellatum ab executoribus executorialium è Granatensi Cãcellariæ emanatarũ propter liquidatione earumdem, & iterũ per eamdem Cancellariam fieri remissionẽ ad executorẽ, vt executionè perficiat etiam in liquidatis, & hæc est praxis communiter recepta præcipuè in supremis Tribunalibus, vt pars conquærens de executore, quia multũ taxauit fructus, damna, interesse, aut pertinentias eorum valorem, æstimatione excedendo non auditur appellans, sed huiusmodi grauaminis, & iniustitiæ cognitio reseruatur in tempus per actæ executionis interim minime suspendendæ ac deferendæ, & iustissime quidem cum liquidatio sit pars executionis, quæ in condemnatione continetur, iuxta præfactos DD. apud quos latè videre poteris.*

21 ¶ Como en nuestro caso, que la liquidacion destos frutos de la dehesa, es parte de la execuciõ q̃ se cõtiene en la condenaciõ principal de la dicha dehesa, y solo dize Salgad. en este cap. 10. n. 30. q̃ quando en dicha liquidacion vuiesse nulidad, o euidente, o grãde injusticia notoria (q̃ se equiparan) se impediria la execucion: *Appellatione legitima interposita, licet non per viam excessus.*

22 ¶ Tanto quãto mas es la autoridad y letras muchas de el Licẽciado D. Diego Bermudez de Castro, de quiẽ està firmado el papel cõtrario, nos admiramos de las citas que contiene (sino es que nuestros libros esten errados) porque en todo este capitulo 10. ni en el n. 58. nihil tenet aduersus nostram resolutione Salgado, y en la dicha 4. p. c. 3. n. 2. cum seqq. vsque ad 10. no nos opugna, porque no dudamos q̃ este executor sea mixto, pero de donde se colige, que porque sea mixto executor, la causa sea ordinaria, y apelable, quando oy

do oye el mixto executor, y no quiere proceder como mero executor, porq̃ esta es la diferencia q̃ tienen, que el vno no està obligado a oyr, y el otro si, pero si el mixto auiendo oydo y liquidado lo que viene en execucion de la sentencia q̃ executa, el lo executa, *Non datur appellatic*, Por todos los lugares citados, y no ay excesso, ni atentado, y Salgado, d. 4. p. cap. 3. nu. 133. & cap. 14. n. 157. ad 161. no dizen, ni prueuan lo que se cita.

22 ¶ Dize asi mismo el Abogado contrario, que esta causa se ha hecho apelable, por auer mouido la question de si la paga ha de ser en plata, o en quartos, y esto claro es, que ha de ser en quartos, como auemos fundado y notorio, que viene en consequencia de la execucion de la sentencia, y carta executoria, y que quien mouio la question fue la parte contraria, y que siendo incidente de la execucion de la sentencia, es inapelable, Salgad. d. p. 2. d. c. 7. d. n. 114. & 4. p. c. 3. n. 27. & c. 10. n. 29 con los mas lugares citados, & sic, no se puede dezir, que por la mixtura de todas estas cosas, *Causa efficietur apellabilis quoad vtrumque effectum*, Ruginelus, §. 2. c. 3. nu. 204. Scaccia, q. 17. limitat. 6. membr. 9. Giurba, decis. 101. à nu. 2. que cita el Abogado contrario, nu. 41. Porque estas dotrinas fueran aplicables, si lo deduzido, y la liquidacion, fuerat quid diuersum, & diuersæ naturæ ab executione sententiæ.

23 ¶ Demas, que quando la causa no es indiuidua, puede no obstante mixtura executarse, *In eo in quo non datur appellatio*, vt pluribus resoluit Salgad. d. p. 4. c. 14. à nu. 204. vsque ad 217. Y vltimamente no sabemos por donde en el n. 42. de su papel, cita el Abogado con trario a Salgad. p. 4. c. 13. per totum; para que porque la sentencia sea condicional, no se pueda executar, porque si bien

bien en el n.57. resuelue, que no se podra executar la sentencia; haziendo restituir a el condenado la cosa, sin pagar primero el precio, y las mejoras, antes de la execució; que es la question que auia propuesto en el numer. 26. y siguientes, diziendo, que es excesso executar, ante liquidationem, hecha liquidacion, como lo está en nuestro caso, nó lo duda. Con lo qual parece, que está satisfecho a el papel contrario, y que no ay atentado, ni injusticia notoria, ni excesso en executar, *Facta liquidatione*, y que assi se ha de confirmar la sentencia del inferior, y negar el atentado que se pide, y suplir la cantidad de frutos, en conformidad del agrauio desta parte, por auer sido la tassacion del Iuez tan moderada. Salua, &c.

El Licenciado D. Iuan Perez de Lara.